Natur und Form des Vorkaufsvertrages.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät
der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

SIEGBERT LEVY
Referendar.

Koschmin 1913.
Druck von Hermann Tuch.

.....

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

.....

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung.

Seite

§ 1. Die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechts . . 1

Natur und Form des Vorkaufsvertrages.

I. Abschnitt.

§ 2. Das persönliche Vorkaufsrecht nach BGB. 2

II. Abschnitt. Die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts.

§ 3. Die Eintrittstheorie 6

Die Vorvertragstheorieen.

§ 4. Das gemeine Recht 9

§ 5. Goldschmidt 9

§ 6. Stintzing 11

§ 7. Dernburg 13

Die Offertentheorieen.

§ 8. Planck 14

§ 9. Endemann 16

§ 10. Die Theorie des doppelt bedingten Kaufvertrages . . 17

§ 11. Die Ermächtigungstheorie 26

§ 12. Die Gestaltungsrechtstheorie 29

III. Abschnitt. Die Formfrage.

§ 13. Nach den Materialien des Gesetzes 34

§ 14. Nach der Eintrittstheorie 35

§ 15. Nach der Vorvertragstheorie 35

§ 16. Nach der Offertentheorie 37

§ 17. Nach der Theorie des doppelt bedingten Kaufvertrages 37

§ 18. Nach der Ermächtigungstheorie 38

§ 19. Nach der Gestaltungsrechtstheorie 39

Schluss.

§ 20. Die Bedeutung der Formfrage für Rechtsgeschäfte, die mit der Bestellung eines Vorkaufsrechts verbunden werden 44

Literatur-Verzeichnis.

Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1903.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipzig 1905.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I, Tübingen und Leipzig 1900, Bd. II, 1902.

Degenkolb: Die Lehre von Vorvertrag. Im Archiv für die zivilistische Praxis, Freiburg i. B. 1887.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Halle, Bd. I 1906, Bd. II Abt. 1 1909, Bd II Abt. 2 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. II, Mannheim und Leipzig 1910.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, Bd. I 1903, Bd. II 1904.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Berlin 1903.

Eneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg, Bd. I Abt. 1 1911, Bd. I Abt. 2 1912.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands, Berlin 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen und in Strafsachen.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, München 1912.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd I, Berlin 1903.

Goldschmidt: Der Kauf auf Probe oder auf Besicht. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. I, Erlangen 1858 (S. 281 ff.)

Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksveräusserungsvertrag, Stuttgart 1904.

Güthe: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Berlin 1909.

Jäger: Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, Marburg 1893.

Krech: Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Bekkers und Fischers Beiträgen, Berlin 1889, Heft 4.

Kretzschmer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Bezug auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts. In der Jur. Woch. 1901 (S. 388 ff).

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Berlin 1904.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipzig 1903.

Laue: Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts nach BGB. Jenaer Diss. 1905.

Fr. Leonhard: Willkür und Willenserklärung. In Iherings Jahrbüchern. Bd. 39 S. 174 ff.

R. Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.

Lewandowski: Unterfällt der Vorkaufsvertrag in Ansehung eines Grundstücks der Formvorschrift des § 313 BGB.? Erlanger Diss. 1909.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Mugdan-Falkmann: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. I, Leipzig 1900.

Muscat: Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten beim Kauf auf Probe und bei anderen Verträgen. In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 49 S. 472 ff.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1912.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. I, Berlin 1909.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin, Bd. I. 1908, Bd. II 2. Aufl. 1906, 3. und 4. Aufl. 1910.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin, Bd. I 1903, Bd. II 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1904.

Seckel: Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. In der Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903 S. 295 ff.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, München und Berlin, Bd. I 1912, Bd. II Abt. 1 1910.

Thiele: Das Anwendungsgebiet des § 313 Abs. 1 BGB. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1902 (S. 317).

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. Bd. I. Das Sachenrecht des BGB., Paderborn 1902.

Tochtermann: Beiträge zur Erläuterung des § 313 BGB., Hannover 1902.

Zitelmann: Internationales Privatrecht, Bd. II, München und Leipzig 1912.

Einleitung.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechts.

§ 1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt zwei Arten von Vorkaufsrechten: ein persönliches (§§ 504—514), welches schlechthin an allen Gegenständen, und ein dingliches (§§ 1094—1104), welches nur an Grundstücken bestehen kann. Jedoch ist der wirtschaftliche Zweck bei beiden Arten der gleiche. Wenn jemand eine Sache kaufen, der Eigentümer sie aber zur Zeit nicht verkaufen will, so erhält der Kauflustige durch die Bestellung eines Vorkaufsrechts die Zusicherung, daß er, falls der Eigentümer einmal doch verkaufen sollte, der Nächste zum Kaufe sein solle. Häufig aber kommt es dem Berechtigten weniger darauf an, die Sache selbst zu kaufen, als vielmehr darauf, zu verhindern, daß bestimmte andere Personen die Sache erwerben könnten. Dieser letztere Punkt war besonders für die Aufnahme eines dinglichen Vorkaufsrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch ausschlaggebend. So heißt es in den Motiven:

„Diejenigen Personen, welche in der Lage sind, Land an Kleingrundbesitzer zu veräußern, haben ein Interesse daran, sich einen Einfluß darauf zu bewahren, in welche Hände das veräußerte Land gelangt. Dieser Einfluß bezweckt namentlich die Erhaltung eines angesessenen Arbeiterstandes, welcher den Ueberfluß seiner Arbeitskraft den Großgrundbesitzern zur Verfügung

stellt. . . . . Das dingliche Vorkaufsrecht ist übrigens auch abgesehen von seiner Eigenschaft als Landleihe von praktischem Werte. Beispielsweise kann bei der Ueberlassung eines in der Familie befindlichen Landgutes an ein Familienglied, bei welcher die Absicht obzuwalten pflegt, daß der Gutsannehmer das Gut als Grundlage des Familienwohlstandes behalten solle, durch die Bestimmung eines dinglichen Vorkaufsrechts einer jene Absicht der Beteiligten durchkreuzenden Veräußerung vorgebeugt werden."[1]) Hierher ist auch der nicht seltene Fall zu zählen, daß der Mieter oder Pächter eines Grundstücks sich bezüglich dieses Grundstückes ein Vorkaufsrecht einräumen läßt.

Ist somit die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechts besonders, wenn es ein Grundstück zum Gegenstande hat, immerhin nicht unerheblich, so gewinnt die noch immer streitige Frage an Interesse, ob der Vertrag durch den Jemand einem Anderen ein Vorkaufsrecht hinsichtlich eines Grundstückes bestellt, einer Form bedarf. Diese Frage soll, unter Beschränkung auf das persönliche Vorkaufsrecht, in Folgendem erörtert werden.

Natur und Form des Vorkaufsvertrages.

I. Abschnitt.

Das persönliche Vorkaufsrecht nach BGB.

§ 2.

Wie nach gemeinem Recht, so gilt auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Grundsatz der Formfreiheit. Zwar ist dies nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen; wenn aber § 125 bestimmt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen

[1]) Mot. III, S. 448.

Form ermangelt, ist nichtig", so folgt daraus arg. e contr., daß diejenigen Rechtsgeschäfte, für die das Gesetz eine Form nicht vorschreibt, — soweit sie nicht an anderen Mängeln leiden —, formlos gültig sind.[1]) Wenn nun der Vertrag, durch den Jemand einem Anderen ein Vorkaufsrecht hinsichtlich eines Grundstückes einräumt, einer Form unterliegen soll, so muß sich eine Rechtsnorm erweisen lassen, die diese Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze gebietet. Die besonderen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten keine Entscheidung der Formfrage. In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuche war § 481 des ersten Entwurfs — der dem § 504 BGB. entspricht — ein Zusatz beantragt worden, wonach der Vorkaufsvertrag hinsichtlich eines Grundstückes der gerichtlichen oder notariellen Form unterliegen sollte. Der Antrag wurde aber vor der Abstimmung zurückgezogen.[2])

Es bleiben weiterhin die allgemeinen Sätze des Schuldrechts in dieser Hinsicht zu prüfen. Hier trifft man nur eine Bestimmung, die überhaupt in Betracht kommen könnte, nämlich den § 313, I: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung." Es liegt schon deshalb nahe, diese Vorschrift heranzuziehen, weil das Gesetz den Vorkauf als eine „besondere Art des Kaufes" bezeichnet, der Grundstückskauf aber zweifellos dem § 313 unterfällt. Daher ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß die genannte Vorschrift mit Rücksicht darauf, daß der Vorkaufsverpflichtete unter Umständen zur Eigentumsübertragung an den Berechtigten gezwungen werden kann, auch auf den Vorkaufsvertrag zu beziehen wäre.

---

[1]) Gutbrod S. 5.
[2]) Prot. II, S. 94.

Die Frage, ob der Vorkaufsvertrag ein Vertrag ist, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen", ist gleichbedeutend mit der Frage nach dem Wesen des Vorkaufsvertrages und des Vorkaufsrechts überhaupt.

Das Gesetz hat es mit Absicht vermieden, eine Lösung der Konstruktionsfrage zu geben; vielmehr hat es sich darauf beschränkt, das Vorkaufsrecht als ein praktisches Institut, das der Verkehr erzeugt und ausgebildet hat, so zu regeln, wie es den Ansprüchen des Verkehrs und den Grundsätzen von Treu und Glauben am besten zu entsprechen schien. Das wahre Wesen eines Rechtsinstituts muß aber in der Gestaltung, die es durch das Gesetz erhalten hat, zum Ausdruck gelangen, selbst wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Konstruktion überhaupt nicht zu Grunde gelegt hat. Demnach muß auch die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts aus den Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch darüber enthält, zu erkennen sein. Es erscheint deshalb ratsam, an dieser Stelle kurz auf die genannten Vorschriften einzugehen.

Ueber die Entstehung des Vorkaufsrechts sagt das Gesetz nichts; es setzt vielmehr ein bereits entstandenes Recht voraus und beginnt demgemäß seine Bestimmungen über den „Vorkauf" mit den Worten: „Wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkauf berechtigt ist . . ." (§ 504 BGB.). Hauptentstehungsgrund ist der Vertrag. Gesetzliche Vorkaufsrechte kannte der erste Entwurf überhaupt nicht[1]), dagegen kennt das BGB. ein gesetzliches Vorkaufsrecht, nämlich das Vorkaufsrecht der Miterben für den Fall, daß einer der Erben seinen Erbanteil an einen außerhalb der Erbengemeinschaft stehenden Dritten verkauft (§§ 2034 ff.). Daß ein Vorkaufsrecht auch durch Testament, als Vermächtnis,

[1]) Mot. III, S. 447 ff.

begründet werden könne, sagt das Gesetz nicht, es wird aber in der Wissenschaft fast allgemein angenommen. (Vgl. § 10).

Nach gemeinem Rechte konnte auch durch Richterspruch bei der Gemeinschaftsteilung ein Vorkaufsrecht zur Entstehung gelangen. Dies ist in Folge der Vorschriften des BGB. über die Gemeinschaftsteilung (§§ 749 ff.) jetzt nicht mehr möglich.

Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts ist, daß „der Verpflichtete mit einem Dritten den Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat". (§ 504 BGB.). Das BGB. verlangt also wirklichen Vertragsschluß, während im gemeinen Recht nach herrschender Ansicht bloße Vertragsabsicht für ausreichend galt.[1]) Der Vertrag muß rechtsgiltig sein; ermangelt der Vertrag der etwa für ihn vorgeschriebenen Form, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht zulässig.[2]) Schließlich muß es sich um einen Kaufvertrag handeln; jedes andere Rechtsgeschäft ist, wie schon die Motive[3]) hervorheben, bedeutungslos.

Ist nun ein rechtsgiltiger Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten abgeschlossen, der Vorkaufsfall also eingetreten, so soll der Verpflichtete den Berechtigten davon unter Angabe des Vertragsinhalts benachrichtigen. Jedoch hat die Unterlassung dieser Mitteilung nur die Folge, daß die Frist, an welche die Ausübung des Vorkaufsrechts gebunden ist, nicht zu laufen beginnt, so daß der Berechtigte dauernd zur Ausübung befugt bleibt. Keineswegs aber ist die Benachrichtigung Bedingung für die Ausübung.

Die Ausübung selbst erfolgt durch formlose Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten (§ 505 Abs. 1).

---

[1]) A. M. Jaeger, S. 81 f.
[2]) Laue S. 35, Katz S. 60.
[3]) Mot. II, S. 345.

Die Wirkung der Ausübung ist die, daß zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten dieselben Rechtsbeziehungen entstehen, wie sie durch den vorangegangenen Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschaffen worden sind. Zu dem Dritten tritt der Berechtigte in keinerlei Rechtsbeziehungen. Ebenso wenig wird das Rechtsverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten durch die Ausübung des Vorkaufsrechts berührt; nicht etwa wird dadurch, wie es nach dem Preußischen Landrecht[1]) der Fall war, der Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten zum Erlöschen gebracht war.

Dies wäre in den Grundzügen die Gestaltung, die das Vorkaufsrecht durch das Bürgerliche Gesetzbuch erhalten hat. Hiervon ausgehend hat die Wissenschaft das Wesen des Vorkaufsrechts zu erklären gesucht, doch weichen die gewonnenen Ergebnisse ganz wesentlich von einander ab. In Folgendem soll auf die einzelnen Theorieen, die eine Entscheidung der Frage geben wollen, des Näheren eingegangen werden.

II. Abschnitt.

Die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts.

Die Eintrittstheorie.

§ 3.

Zunächst sei eine Theorie erwähnt, die in dem Vorkaufsrechte das Recht sieht, in einen geschlossenen Kaufvertrag als Käufer einzutreten,[2]) und die deshalb als „Eintrittstheorie“ bezeichnet wird. Da dieser Eintritt ohne den Willen des Dritten, an dessen Stelle der Berechtigte als Käufer treten soll, erfolgt, so kann nur

[1]) ALR. I, 20 § 623.
[2]) Krech, S. 91.

eine Rechtsnachfolge kraft Gesetzes gemeint sein. Vielleicht dachten sich die Anhänger der Theorie die Rechtslage ähnlich wie im Falle des § 571 BGB., wo der Erwerber eines vermieteten Grundstücks, falls es dem Mieter überlassen worden ist, an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietsverhältnisse ergebenden Rechte und Verpflichtungen eintritt. Aber gerade diese Gegenüberstellung zeigt, daß beim Vorkaufsrechte von einem Eintritt in das Rechtsverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten nicht die Rede sein kann. Im Falle des § 571 hat der Eintritt des Erwerbers in das Mietsverhältnis an Stelle des Vermieters zur Folge, daß der Letztere seine Rechte aus diesem Verhältnisse überhaupt einbüßt. Seine Verpflichtungen bleiben zwar bestehen, sind aber neben den Verpflichtungen des Erwerbers nur subsidiärer Natur, da er dem Mieter nur für den Fall, daß der Erwerber seine Verpflichtungen nicht erfüllt, für den vom Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein selbstschuldnerischer Bürge haftet (§ 571 Abs. 2) Keineswegs kann der Mieter seine Ansprüche aus dem Mietsverhältnisse sowohl gegen den Erwerber, als auch gegen den Veräußerer geltend machen. Anders beim Vorkaufsrechte. Der Vorkäufer tritt, wie bereits erwähnt, zu dem Dritten überhaupt nicht in Rechtsbeziehungen; neben dem durch die Ausübung des Vorkaufsrechts begründeten Rechtsverhältnisse zwischen dem Vorkäufer und dem Vorverkäufer bleibt das alte Rechtsverhältnis zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten unverändert bestehen. Der Vorverkäufer ist also gleichzeitig zwei von einander unabhängigen Ansprüchen auf die Verkäuferleistung hinsichtlich desselben Gegenstandes ausgesetzt, während er andererseits die Käuferleistung sowohl von dem Vorkäufer als auch daneben noch von dem Dritten fordern kann. Dieses Nebeneinander - Fortbestehen zweier selbständiger Rechtsverhältnisse ist aber mit

einem „Eintritt“ des Vorkäufers in den Vertrag mit dem Dritten schlechthin nicht in Einklang zu bringen.

Nun kann allerdings zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbart werden, daß der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängen solle oder daß der Verpflichtete im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts vom Vertrage zurücktreten könne. Eine solche Vereinbarung ist kraft positiver Gesetzesbestimmung (§ 506 BGB.) dem Berechtigten gegenüber unwirksam; im Verhältnisse zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten aber steht ihrer Wirksamkeit nichts entgegen. Ist nun eine solche Vereinbarung getroffen, so besteht nach Ausübung des Vorkaufsrechts, — beziehungsweise wenn der Verpflichtete von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht —, allerdings nur ein einziges Kaufschuldverhältnis, nämlich zwischen dem Vorkäufer und dem Vorverkäufer. Aber auch in diesem Falle kann von einem Eintritte des Berechtigten in einen abgeschlossenen Kaufvertrag nicht die Rede sein. Andernfalls würden z. B., — da auf die Uebertragung einer Forderung kraft Gesetzes die Vorschriften über die vertragsmäßige Uebertragung entsprechende Anwendung finden (§ 412 BGB.) —, die Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus einer Bürgschaft, die für die Forderung des Dritten bestellt waren, auf den Vorkäufer zur Sicherung seiner Forderung übergehen (§ 401 BGB.). Ferner könnte der Vorverkäufer ihm alle Einwendungen entgegensetzen, die er zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechts gegen den Dritten hatte, (§ 404 BGB.). Schon hieraus ergibt sich, daß die Eintrittstheorie zu praktisch unbrauchbaren Ergebnissen führt und deshalb nicht haltbar ist.

Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß das Rechtsverhältnis, das durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkäufer und dem Vorverkäufer zur

Entstehung gelangt, vollständig selbständig ist, gleichviel, ob das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten daneben bestehen bleibt oder nicht.

Die Vorvertragstheorieen.

§ 4.

Im gemeinen Recht wurde der Vorkaufsvertrag von der herrschenden Meinung als pactum de contrahendo aufgefaßt.[1]) Teilte der Vorverkäufer, — wozu er verpflichtet war —, dem Vorkäufer mit, daß er die betreffende Sache einem Dritten verkauft habe,[2]) so erblickte man in dieser Mitteilung einen Vertragsantrag, den der andere Teil durch seine Erklärung, er mache von seinem Rechte Gebrauch, annahm. Unterblieb aber die Mitteilung, so sah man in der Erklärung des Berechtigten den Antrag, mit der Folge, daß der andere Teil kraft des vorhergegangenen pactum de contrahendo zur Annahme für verpflichtet galt.[3])

Diese Konstruktion ist nach neuem Rechte nicht mehr möglich. Zwar hat auch jetzt der Verpflichtete dem Berechtigten von dem Vertragsschlusse mit dem Dritten Mitteilung zu machen (§ 510 I), aber ohne Rücksicht darauf, ob die Mitteilung erfolgt ist oder nicht, kommt der „Kauf“ mit der Erklärung des Berechtigten zu Stande (§ 505). Danach ist es nicht recht verständlich, wenn Kuhlenbeck[4]) von einem „vertragsmäßigen Kontrahierungszwange“ spricht.

§ 5.

Als Vorvertrag konstruiert den Vorkaufsvertrag auch Goldschmidt,[5]) dessen Ausführungen sich zwar

[1]) Jäger, S. 25.

[2]) bezw. nach anderer Ansicht, daß er zu verkaufen im Begriffe sei. Vgl. Jäger, S. 81 ff.

[3]) Jäger, S. 95 ff.

[4]) Kuhlenbeck S. 389, 393.

[5]) Goldschmidt S. 273/71.

auf das alte Recht beziehen, aber für dieses eine entsprechende gesetzliche Regelung, wie sie das BGB. enthält, voraussetzen, und zwar in folgender Weise.[1]) Nach ihm ist der Vorkaufsvertrag ein einseitiger Vertrag, enthaltend die bedingte Verpflichtung zur Verkäuferleistung. „In dem Augenblick nun, wo auch der Akzeptant (d. i. der Berechtigte) seinerseits das Versprechen zu kaufen ablegt, ist aus dem einseitigen Vertrag ein gegenseitiger geworden." Diese Konstruktion scheitert an der Schwierigkeit zu erklären, wie sich ein einseitig verpflichtender Vertrag infolge einer einseitigen Erklärung in einen gegenseitigen Vertrag verwandeln könnte[2]). Allerdings führt Goldschmidt weiter aus, daß „das Versprechen des Käufers vom Verkäufer im voraus eventuell akzeptiert" worden sei. Aber eine „Annahme", die dem „Antrag" vorausgeht, ist in Wirklichkeit der Antrag, und der sog. „Antrag" ist die Annahme[3]). Dann enthielte also der Vorkaufsvertrag hinsichtlich der Verkäuferverpflichtung Antrag und Annahme, beide bedingt durch das Zustandekommen der Käuferverpflichtung, hinsichtlich der Käuferverpflichtung aber nur den Antrag. Diese Konstruktion ist zu unnatürlich, um als richtig gelten zu können. U.E. ist es garnicht möglich, bei einem gegenseitigen Vertrage die Annahmeerklärung in dieser Weise auseinanderzureißen, vielmehr kann die entscheidende Zustimmung „die Unterwerfung der Partei unter den Geschäftsinhalt"[4]) hinsichtlich des ganzen Vertrages nur einheitlich erfolgen. Demnach ließe sich die Theorie Goldschmidts nur dann halten, wenn man sie in folgender Weise konstruktiv vereinfachte: Entweder man

---

[1]) Er behandelt allerdings in erster Reihe den Kauf auf Probe, stellt diesem aber, was die Konstruktion anbetrifft, den Vorkaufsvertrag gleich. S. 273.

[2]) Oertmann, Vorbem. 3 a vor § 504.

[3]) R. Leonhard, S. 263.

[4]) R. Leonhard, S. 351.

sieht die Annahme auch hinsichtlich der Verkäufer-verpflichtung in der Ausübungserklärung des Berechtigten, sodaß jetzt die Annahme bezüglich des ganzen Kaufvertrages in dieser Erklärung zu finden ist, während der ganze Antrag in dem Vorkaufsvertrage zu sehen wäre. Oder aber man erblickt die Annahme auch bezüglich der Käuferverpflichtung in dem Vorkaufsvertrage, sodaß Annahme und Antrag hinsichtlich des ganzen Kaufvertrages in den Vorkaufsvertrag fallen, und zwar beide bedingt durch die Ausübungserklärung des Berechtigten. Diese letztere Möglichkeit hat auch Goldschmidt als naheliegend erkannt, wenn er meint, man könne „die einseitige Verkaufsvertragslast als einen Kauf unter Potestativbedingung für den Käufer fassen".[1]) Beide Auffassungen sind möglich, und wir werden uns noch mit ihnen zu beschäftigen haben, aber von einer einseitigen Verpflichtung und einem Vorvertrage ist bei ihnen nichts mehr vorhanden.

§ 6.

Eine von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung von dem Vorvertrage — oder genauer von dem Vertrage, der eine Vorverpflichtung begründet, — entwickelt Stintzing. Indem er davon ausgeht, daß „die Vorverpflichtung nach Treu und Glauben nicht durch die Consenserklärung erfüllt wird, sondern dadurch, daß sich der Schuldner bereit und fähig erhält, das zu leisten, was nach dem sogenannten Hauptvertrag zu leisten ist[2]),“ zieht er den Schluß, daß die Vorverpflichtung, als Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft, und die Hauptverpflichtung, als Verpflichtung zur Leistung, nicht zwei selbständige Schuldverhältnisse darstellen, sondern vielmehr eine einheitliche Verpflichtung mit zwei Stadien, welche mit der Begründung der Vorverpflichtung zur Entstehung gelangt. Dementsprechend

[1]) Goldschmidt S. 272.
[2]) Stintzing S. 25.

erachtet er die nochmalige Abgabe einer Willenserklärung seitens des Vorverpflichteten — beziehungsweise seine rechtskräftige Verurteilung gemäß § 894 ZPO. — zur Entstehung der Hauptverpflichtung nicht für erforderlich; die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft soll sich in Folge einer einseitigen Erklärung des Berechtigten in die Verpflichtung zur Leistung verwandeln. Von diesem Standpunkte aus gelangt Stintzing dazu, auch das Vorkaufsrecht als Vorverpflichtung zu konstruieren, allerdings als besondere Art einer Vorverpflichtung, da doch der Vorkaufsverpflichtete vor der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gehindert sei, nach Belieben mit dem Gegenstande des Vorkaufsrechts zu verfahren, und somit — anders als beim Wiederkaufsrecht (§ 498 Abs. 2 BGB.) — von einer eigentlichen Lieferungsbereitschaft nicht die Rede sein könne[1]).

Nach der Auffassung Stintzings fällt auf Seiten des Vorverpflichteten die Übernahme der Hauptverpflichtung, wie erwähnt, mit der Übernahme der Vorverpflichtung zusammen, ist also bereits in dem Vorkaufsvertrage enthalten. Stintzing wirft aber ferner die Frage auf, wo die entsprechende Verpflichtungserklärung des anderen Teiles zu suchen sei: „Gibt der Gläubiger bei der Vorverpflichtung zu Verträgen, die zu einer Gegenleistung verpflichten, die ihn verpflichtende Erklärung erst mit der Eintrittserklärung ab, oder hat er sie schon dadurch abgegeben, daß er die Vorverpflichtung seiner Zeit angenommen hat?“ Die Beantwortung dieser Frage erscheint uns für die Beurteilung der Auffassung Stintzings von ausschlaggebender Bedeutung. Würde die Frage im ersteren Sinne beantwortet werden, so ließen sich hier dieselben Einwendungen erheben, wie wir sie oben gegen die Theorie Goldschmidts geltend gemacht haben. Stintzing entscheidet sich aber für die zweite Möglichkeit. Trotzdem lehnt er es ausdrücklich[2])

[1]) Stintzing S. 29, 59.

[2]) Stintzing S. 36.

ab, daß der Vorvertrag bereits bedingt den Hauptvertrag oder überhaupt eine bedingte Verpflichtung des Berechtigten enthalte. „ . . . . Bei der Vorverpflichtung zu Konsensualkontrakten kommt durch die Erklärung nicht eigentlich ein Konsensualkontrakt zustande, sondern die Verpflichtung des Gläubigers wird nur durch seinen Eintritt perfekt[1])." Unseres Erachtens kommt dies doch darauf hinaus, daß in dem Vorvertrage bereits der bedingte Hauptvertrag, — der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zu Stande kommende Kaufvertrag —, zu erblicken sei. Auf diese letztere Auffassung aber wird noch unten des näheren einzugehen sein.

§ 7.

Dernburg[2]) hält den Vorkaufsvertrag auch nach heutigem Recht für einen Vorvertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, unter bestimmten Umständen den Kaufantrag des anderen Teiles anzunehmen. Wenn der Berechtigte bei Eintritt des Vorkaufsfalles die Erklärung abgäbe, er übe sein Recht aus, so mache er damit einen Kaufantrag. Nun müßte er, wenn der Verpflichtete nicht darauf eingehen wolle, eigentlich erst auf Annahme klagen; dieser „zweckwidrige Umweg" sei aber „aus praktischen Gründen" vermieden worden. Darum werde die Zustimmung des Verpflichteten durch die Vorschrift des § 505 ersetzt, „nicht anders, wie nach § 894 ZPO. das rechtskräftige Urteil die Einwilligung des Verurteilten ersetzt." Aber u. E. besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen § 894 ZPO. und § 505 BGB. Wenn in Gemäßheit des § 894 ZPO. für den Verurteilten eine Verpflichtung entsteht, so beruht diese ihrem Rechtsgrunde nach nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf Gesetz, nämlich eben der Vorschrift des § 894. Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung

[1]) Stintzing S. 35.

[2]) Dernburg II, 2 § 196, V. Aehnlich Jäger S. 93 Anm. 13.

aber, die nach § 505 BGB. durch die Erklärung des Berechtigten zur Entstehung gelangt (Vgl § 1098, II), ist keine gesetzliche Verpflichtung; sie beruht vielmehr durchaus auf dem Willen der Parteien, dessen Rechtsfolgen im Gesetze nur des näheren geregelt werden. Was uns die Konstruktion erklären soll, das ist gerade, in welcher Weise aus den Willenserklärungen der Parteien die Verpflichtungen entstehen. Zur Lösung dieser Frage ist eine Fiktion, — um eine solche handelt es sich doch —, nicht geeignet. Der Gesetzgeber, der bestimmt, was sein soll, darf zur Fiktion greifen, denn er sagt damit, daß es so sein soll, wie etwas anderes. Das darf aber nicht die juristische Konstruktion, die angeben will, was ist; denn sie würde damit nur sagen, wie es nicht ist. Wenn demnach das Gesetz die Zustimmung des Verpflichteten „aus praktischen Gründen" für überflüssig erklärt hat, so haben, wie Oertmann treffend bemerkt, „die praktischen Rücksichten des Gesetzes auch die Konstruktion entwurzelt".[1])

Die Offertentheorieen.

§ 8.

Die Schwierigkeit besteht darin, daß durch die Erklärung einer Partei für beide Parteien Verpflichtungen entstehen. Sollen aber diese Verpflichtungen wirklich auf rein rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhen, so muß auch die andere Partei ihren — unmittelbar oder mittelbar — darauf gerichteten Willen geäußert haben. Da nun von Seiten des Vorverkäufers nur eine einzige Willenserklärung gegenüber dem Vorkäufer abgegeben wird, — nämlich die bei Abschluß des Vorkaufsvertrages abgegebene Erklärung, — so liegt es nahe, diese Erklärung mit der Ausübungserklärung des anderen Teiles zu einem Vertrage zusammenzufassen, auf den dann die Verpflichtungen beider Teile zurück-

[1]) Oertmann, Vorbem. 3 a vor § 504.

zuführen wären. Dann enthielte also der Vorkaufsvertrag einen Kaufvertragsantrag des Vorverkäufers, den der Vorkäufer späterhin durch seine Erklärung annimmt. Das ist die sogenannte „Offertentheorie[1])", welche zweifellos eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sich hat. Jedenfalls kann durch einen verklausulierten Vertragsantrag im wesentlichen derselbe Erfolg herbeigeführt werden, wie durch die vertragsmäßige Bestellung eines Vorkaufsrechts. Allerdings müßte nach der Offertentheorie eigentlich die Ausübung des Vorkaufsrechts seitens des Berechtigten, — als Annahme eines Kaufantrages —, in der für den Kaufvertrag bestimmten Form geschehen[2]), während § 505 Abs. 1 Satz 2 BGB. das Gegenteil verlangt. Jedoch kann man hierin eine durch positive Gesetzesbestimmung gewährte Formerleichterung sehen, durch welche die Konstruktion in keiner Weise beeinflußt zu werden braucht.

Hingegen ist vom Standpunkte der Offertentheorie nicht ersichtlich, warum der Vorkäufer, dessen entscheidende Zustimmung doch in der Ausübungserklärung zu finden wäre, bereits bei der Bestellung des Vorkaufsrechts mitwirken müßte.[3]) Gerade die Tatsache, daß zur Begründung des Vorkaufsrechts, wie fast allgemein anerkannt wird[4]), ein Vertrag erforderlich ist, während die Offerte eine blos einseitige Willenserklärung ist, scheint uns auf einen Wesensunterschied hinzudeuten. Das Vorkaufsrecht hat einen in Geld abschätzbaren Vermögenswert. Dies tritt z. B. dann hervor, wenn bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks ein daran bestehendes dingliches Vorkaufsrecht durch den Zuschlag erlischt; in diesem Fall tritt gemäß § 92 Zw.G. an die

[1]) Planck Bem. 3, vor § 504.
Eck-Leonhard S, 467 f.
Engelmann S. 337.
[2]) Eneccerus I, 2 § 339, I c.
[3]) Vgl. Muskat S. 474.
[4]) Planck, Staudinger, Oertmann Vorbem. vor § 504.
Dagegen nur Laue S. 29.

Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des durch Schätzung festzustellenden Wertes dieses Rechts aus dem Versteigerungserlöse[1]). Dagegen dürfte der Antrag zu einem Vertrage nach der Auffassung des Verkehrs wohl kaum als Vermögensgegenstand zu werten sein. Dem entspricht auch, daß beim Vorkaufsrecht die Bindung des Verpflichteten regelmäßig viel länger dauert als beim Antrag[2]), sowie ferner, daß das Vorkaufsrecht vom Gesetz als „Recht" bezeichnet wird, während diese Bezeichnung für die Rechtslage des Antragsempfängers vermieden ist.

Aus diesen Gründen erscheint uns das Vorkaufsrecht mit einem Vertragsantrage nicht identisch zu sein.

§ 9.

Für eine besondere Form der Offertentheorie tritt Endemann ein. Nach ihm setzt sich der bindende Antrag „aus dem bestellten Vorkaufsrechte und der Vereinbarung des materiellen Inhalts des Zwischenvertrages zusammen"[3]); die Annahme liegt in der Erklärung des anderen Teiles. Deutlicher heißt es an anderer Stelle: „Die Vereinbarung des Vorkaufsrechts begründet für den Berechtigten eine rechtsgeschäftliche Lage, vermöge deren der Abschluß des Kaufvertrages mit dem Dritten ihm gegenüber als Antrag wirkt".[4]) Zunächst sei darauf hingewiesen, daß der Abschluß des Kaufvertrages mit dem Dritten ein Antrag an den Berechtigten nicht ist, weder für sich allein, noch in Verbindung mit dem Vorkaufsvertrage; schon deshalb nicht, weil er keine an den Berechtigten gerichtete Willenserklärung ist. Nun soll aber dieser Vertragsschluß wie ein Antrag

---

[1]) Güthe, S. 369 f.
[2]) Eneccerus § 339 I c.
Oertmann Vorbem. 3 c vor § 504.
[3]) Endemann § 162 Anm. 38.
[4]) Endemann § 69 Anm. I.

wirken, und zwar vermöge der durch den Vorkaufsvertrag geschaffenen rechtsgeschäftlichen Lage. Das soll doch wohl heißen, daß in dem Vorkaufsvertrage die Vereinbarung zu sehen sei, der Kaufabschluß mit dem Dritten solle dem Berechtigten gegenüber die Wirkung eines Antrages haben. Nun können die Parteien allerdings eine solche Vereinbarung treffen; denn da die Parteierklärungen, ebenso wie das Gesetz, bestimmen, was sein soll, so können sie dies auch, ebenso wie das Gesetz, in Form einer Fiktion tun. Will man aber ein derartiges Rechtsgeschäft konstruktiv erklären, so muß man die Fiktion aufzulösen und die von den Parteien bezweckten Rechtsfolgen ohne Fiktion aus den Parteierklärungen herzuleiten suchen. Das geschieht im obigen Falle am natürlichsten in der Weise, daß man den Antrag bereits im Vorkaufsvertrage sieht, und zwar bedingt durch den Kaufabschluß mit einem Dritten. Damit wäre aber die Theorie Endemanns auf die einfachere Form der Offertentheorie, wie sie Planck vertritt, zurückgeführt.

Die Theorie des doppelt bedingten Kaufvertrages.

§ 10.

Die als herrschend zu bezeichnende Meinung[1]) sieht in dem Vorkaufsvertrage einen doppelt bedingten Kaufvertrag, bedingt nämlich durch den Abschluß eines Kaufvertrages mit einem Dritten und durch die Erklärung des Berechtigten, daß er sein Recht ausübe. Hierfür hat sich auch die Mehrheit der zweiten Kommission ausgesprochen.[2]) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts,[3]) anfangs schwankend, hat sich schließ-

[1]) Eneccerus § 340 I, Crome II § 228, Staudinger II, 1 Vorbem. 3 vor § 504. Gutbrod S. 66, wohl auch Neumann Vorbem. I 1 b vor § 504.

[2]) Prot. II, S. 99.

[3]) Rg.E. 59, S. 133; 67, S. 42; 69, S. 283; 72, S. 385: Dagegen Rg.E. 16, S. 155; 60, S. 232.

lich gleichfalls auf diesen Standpunkt gestellt,[1]) vor allem in der Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate vom 24. Januar 1910.[2])

Die genannten Bedingungen sind beide in den Willen der Parteien gestellt. Da nun ein alter Streit darüber herrscht, ob und inwieweit derartige Bedingungen zulässig sind, so wird gerade hier vielfach von den Gegnern der Theorie eingesetzt. Es läßt sich wohl nichts dagegen einwenden, daß die Wirksamkeit einer Bedingung von dem Willen des Berechtigten abhängig gemacht werden kann.[3]) Aber darauf kommt es hier nicht an; denn da es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, ist jede Partei zugleich berechtigt und verpflichtet.[4]) Für uns ist die Frage die, ob einem gegenseitigen Vertrage die Bedingung „si volam" beigefügt werden kann.

Für das gemeine Recht hat die herrschende Meinung die Zulässigkeit dieser Bedingung grundsätzlich abgelehnt.[5]) Der Entwurf I zum BGB. erklärte in § 138 eine aufschiebende Bedingung, die in dem bloßen Wollen des Verpflichteten bestehe, für unzulässig, machte aber in § 79 für die gegenseitigen Verträge eine Ausnahme. Beide Bestimmungen wurden von der zweiten Kommission „ihres doctrinären Charakters wegen" gestrichen.[6])

Für das geltende Recht ergibt sich die Zulässigkeit der Bedingung „si volam" beim gegenseitigen Vertrage aus § 495 BGB., wo sie für den Kauf auf Probe ausdrücklich anerkannt ist. Man hat diesen Fall für

[1]) Die Entscheidungen vermeiden es zwar regelmäßig, von einem bedingten Kaufvertrag zu sprechen; aus den Ausführungen ergibt sich aber, daß in der Sache nichts anderes gemeint sein kann. Enecerus § 340, Anm. 1.

[2]) Rg.E. 72, S. 385.

[3]) R. Leonhard, S. 395/96.

[4]) Goldschmidt S. 268 f.

[5]) Vgl. Fr. Leonhard S. 174 ff.

[6]) Prot. 1, 185, 75,

eine Ausnahme erklärt und demgegenüber als Grundsatz aufgestellt „daß die Verpflichtung des Käufers nicht von seiner Willkür abhängig sein kann, wenn anders ein bindender gegenseitiger Vertrag vorliegen soll".[1]) Ob mit Recht, kann dahingestellt bleiben. Hier kommt es nur darauf an, ob sich die reine Wollensbedingung mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrages vereinen läßt. Ist dies vom Gesetze auch nur für einen einzelnen Fall zugegeben, so läßt sich eine solche Konstruktion nicht von vornherein als unmöglich ablehnen.[2])

Nun handelt es sich aber nach der herrschenden Theorie um einen Vertrag, der von zwei Potestativbedingungen abhängig ist, sodaß seine Wirksamkeit in den Willen des Vorkäufers und des Vorverkäufers gestellt ist. Beständen die Bedingungen wirklich in dem bloßen Wollen oder richtiger in den Wollenserklärungen beider Parteien, so dürfte mangels einer jeden Bindung weder ein Kaufvertrag, noch überhaupt ein Vertrag vorhanden sein, denn zum mindesten ein Teil muß gebunden sein.

Eine genügende Bindung fehlt aber nur da, wo die bloße Zustimmung der Partei zu dem Geschäfte Bedingung ist, sie ist dagegen vorhanden, wenn die Bedingung in einer anderen Handlung besteht, auch wenn diese ganz in die Willkür der Partei gestellt ist. Eine solche „gemischte" Bedingung, deren Zulässigkeit der erste Entwurf (§ 138) im Anschluß an das alte Recht ausdrücklich anerkannt hatte, dürfte auch nach

---

[1]) Endemann § 162, Anm. 7.

[2]) Planck, Bemerkung 8 vor § 158.
Eneccerus I, 181, IV 3.
Dernburg § 152 III.
R. Leonhard S. 395.
Fr. Leonhard S. 174 ff.
Muscat S. 494.

geltendem Recht ganz in demselben Maße verwendbar sein, wie jede rein zufällige (kasuelle) Bedingung.[1])

Wenn man den Vorkaufsvertrag als doppelt bedingten Vertrag auffaßt, so besteht die erste Bedingung darin, daß der Vorverkäufer mit einem Dritten einen Kaufvertrag abschließt, also in einer Willkürhandlung der Partei. Diese Handlung besteht zwar in der Erklärung, daß das Geschäft mit dem Dritten gewollt werde, nicht aber in der Zustimmung zu dem — inhaltlich gleichen — Geschäfte mit dem Vorkäufer. Demnach handelt es sich um eine gemischte Bedingung, nicht um eine reine Potestativbedingung. Wenn also auf Seiten des Vorverkäufers eine ausreichende Bindung vorhanden ist, so ist es nach Obigem mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrages wohl zu vereinen, daß der andere Teil sich seine endgiltige Zustimmung noch vorbehalten hat. Denn die zweite Bedingung besteht allerdings lediglich in der Erklärung des Vorkäufers gegenüber dem Vorverkäufer, daß er das Geschäft wolle. Doch er ist der Gläubiger und das Abstellen eines Geschäftes auf dessen Willen ist, wie gesagt, anerkannt.

Die Theorie des bedingten Kaufvertrages scheitert auch nicht daran, daß die Höhe des Kaufpreises im Vorkaufsvertrage noch nicht fest bestimmt ist, denn da der Vertragsinhalt überhaupt nur bestimmbar zu sein braucht,[2]) so genügt der Hinweis auf den künftig mit dem Dritten zu schließenden Vertrag.[3])

Demnach ist die Konstruktion des Vorkaufsvertrages als doppelt bedingter Kauf logisch wohl denkbar; es bleibt weiterhin zu prüfen, ob sie sich mit den positiven Gesetzbestimmungen verträgt.

---

[1]) Endemann, § 76 Anm. 20.
Rg.E. 72, S. 385.

[2]) Crome II, § 146.
Engelmann, S. 322.

[3]) Oertmann, Bem. 3. d. zu § 504.

Bedenken ergeben sich aus dem Wortlaute des § 1098 II, wonach der Anspruch auf Uebertragung des Eigentums „durch die Ausübung“ des Vorkaufsrechts entsteht, und des § 505 II, demzufolge der Kauf „mit der Ausübung“ zustande kommt.

Demgegenüber meint das Reichsgericht,[1]) es entspreche dem § 158 BGB., daß bei bedingten Rechtsgeschäften die Wirkung erst mit der Erfüllung der Bedingung eintrete. Auch § 505 II, so wird weiter ausgeführt, ergäbe nicht, daß vor der Ausübung des Rechtes noch kein bindender Vertrag bestehe. „Daß vor Eintritt der beiden Bedingungen ein Kauf mit den kaufrechtlichen Wirkungen, insbesondere mit der Pflicht zur Gewährleistung, noch nicht vorliegt, dies klar zu stellen, ist der Zweck der Vorschrift, nicht aber, den Zeitpunkt zu bestimmen, mit dem für den einen oder anderen Teil die vertragliche Bindung eintritt.“

Trotzdem erscheint die Ausdrucksweise des Gesetzes, besonders in § 505, vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus befremdend. Aber gerade in einem Falle wie hier, wo der Gesetzgeber mit Absicht die Konstruktionsfrage offen gelassen hat, sollte man die Rechtsnatur des fraglichen Instituts lediglich aus dem materiellen Inhalt der Gesetzesnormen zu erfassen suchen, und nicht aus der Form, aus dem Wortlaut, auf die zu Grunde liegende Konstruktion schließen, wo der Gesetzgeber doch nachweislich keine Konstruktion zu Grunde gelegt hat. Es könnte sein, daß man auf Grund des materiellen Inhalts zu einem anderen Ergebnisse gelangt, als es genau genommen dem Wortlaut entspricht; aber das wahre Wesen eines Rechtsinstituts bestimmt sich nur nach seinem materiellen Inhalt. Aus diesem Grunde ist dem obigen Einwande an sich wenig Gewicht beizumessen. Außer-

[1]) Rg.E. 72, 387.
Vgl. Planck Bem. 2 zu § 158.

dem dürften die erwähnten Ausführungen des Reichsgerichts immerhin geeignet sein, die dort vertretene Theorie mit dem Wortlaute des Gesetzes, wenn auch etwas gezwungen, in Einklang zu bringen.

Oertmann[1]) hatte früher — in der zweiten Auflage seines Kommentars — gleichfalls die herrschende Ansicht vertreten, hatte jedoch schon dort auf die Bedenken hingewiesen, die sich aus der Möglichkeit letztwilliger und gesetzlicher Vorkaufsrechte ergäben: „Sie erscheinen mir schwerwiegend genug, um mich an der Richtigkeit meiner Konstruktion einigermaßen zweifeln zu lassen.“ Diese Bedenken erscheinen ihm neuerdings so stark, daß er an ihnen seine bisherige Auffassung scheitern läßt.[2])

Die Möglichkeit letztwilliger, d. h. durch Vermächtnis bestellter Vorkaufsrechte läßt sich mit der Theorie des bedingten Kaufes in der Tat schwerlich in Einklang bringen. Eneccerus[3]) meint zwar, in diesem Falle sei der Inhalt des Vermächtnisses dahin aufzufassen, „daß der Belastete wie ein Verkäufer verpflichtet sein soll, wenn die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt.“ Aber damit bliebe unerklärt, wie auf Grund einer einseitigen Erklärung die Verpflichtung des Berechtigten entstehen und sich mit der Verpflichtung des Belasteten zu einem gegenseitigen Vertrage zusammenschließen könnte. Es ergeben sich hier ähnliche Schwierigkeiten, wie wir sie oben bei Besprechung der Goldschmidtschen Theorie erörtert haben.

In der Wissenschaft wird die Zulässigkeit der testamentarischen Bestellung von Vorkaufsrechten fast

---

[1]) Oertmann, 2. Aufl. Bem. 3 e. vor § 504.
[2]) 3. und 4. Aufl. Bem. 3 d. vor § 504.
[3]) Eneccerus § 340 I, 2.

allgemein[1]) angenommen, regelmäßig ohne Begründung und wohl nur mit Rücksicht auf die Gewohnheit des praktischen Lebens; das Gesetz bietet aber hierfür keinen Anhalt. Da durch das Vermächtnis nur ein Forderungsrecht begründet werden kann (BGB. § 2174), so ist auch nach der Offertentheorie die Möglichkeit letztwilliger Vorkaufsrechte zu verneinen. Da u. E. die Frage, ob ein Vorkaufsrecht durch Vermächtnis begründet werden kann, nur aus dem Wesen des Vorkaufsrechts überhaupt beantwortet werden kann, so kann umgekehrt die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit derartiger Vermächtnisse nicht als Beweisgrund für oder gegen irgend eine Theorie verwendet werden.

Was nun die Möglichkeit gesetzlicher Vorkaufsrechte anbelangt, so kann sich damit schließlich mehr oder weniger eine jede Theorie abfinden. Wenn das Gesetz anordnen will, daß sich an bestimmte Voraussetzungen bestimmte Rechtsfolgen knüpfen sollen, so kann es das auch in der Form einer Verweisung auf Rechtsfolgen, wie sie gewöhnlich ein bestimmter Vertrag erzeugt, tun. Demnach würde vom Standpunkte der herrschenden Theorie aus ein gesetzliches Vorkaufsrecht die Bedeutung haben, daß auf Grund des Gesetzes unter gewissen Umständen Käufer- und Verkäuferverpflichtungen entstehen sollen. Hiergegen ließe sich wohl nichts einwenden.

Die Theorie des bedingten Kaufes ist also sowohl logisch möglich, als auch mit den gesetzlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen. Trotzdem können wir uns ihr nicht anschließen.

---

[1]) Planck, Bem. 1 vor § 504.
Staudinger, Vorbem. 2 b vor § 504.
Endemann, § 162 4 a.
Schollmeyer, S. 42.
Dernburg, § 196 I a. M.
Seckel, S. 218.
Jäger, S. 129 Anm. 1.

Wenn die reine Potestativbedingung bei einem gegenseitigen Vertrage auch zulässig ist, so folgt daraus noch nicht, daß sie überall da anzunehmen ist, wo eine Partei sich die endgiltige Entscheidung vorbehalten hat. Vielmehr ist es Auslegungsfrage, ob die Partei sich wirklich bereits hat binden oder ob sie nicht den Vertragsschluß für vorläufig hat ablehnen wollen.[1]) Die Entscheidung kann nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles getroffen werden. Gegen die Annahme eines perfekten Vertrages wird es in der Regel sprechen, wenn auch der andere Teil nur lose gebunden ist. Auch auf die mehr oder weniger große Bestimmtheit des Vertragsinhalts wird es ankommen. Danach ist ein gegenseitiger Vertrag, dessen Wirksamkeit von dem freien Belieben der einen Partei und von einer Willkürhandlung der anderen Partei abhängt, und dessen Inhalt noch dazu nur durch den Hinweis auf einen vorläufig ganz ungewissen künftigen Vertrag bestimmt ist, zwar an sich möglich, aber doch recht unwahrscheinlich. Dies spricht gegen die herrschende Ansicht.

Dazu kommt noch Folgendes: Jeder Kaufvertrag, auch der bedingte, ist ein gegenseitiger Vertrag; d. h. die Leistung des einen Teiles soll nach der Ansicht der Parteien das Aequivalent für die Leistung des anderen Teiles bieten.[2]) U. E. widerspricht es aber der natürlichen Auffassung, daß das, was der Berechtigte durch den Vorkaufsvertrag erhält, voll und ganz aufgewogen werden soll, durch das, was der Verpflichtete erhält. Wenn im Verkehrsleben ein Vorkaufsrecht durch einen selbständigen Vertrag begründet wird, so wird dafür in der Regel ein Entgelt vereinbart werden.[3])

---

[1]) Dernburg, I § 152, III u. Anm. 5.

[2]) Eneccerus, § 256 Anm. 1.
Crome, § 167 I.
Engelmann, S. 322.

[3]) Vgl. Jäger, S. 27.

Dementsprechend dürfte in der „unentgeltlichen“ Bestellung eines Vorkaufsrechts allgemein lediglich eine Zuwendung des einen Teiles gesehen werden, der eine gleichwertige Leistung des anderen Teiles nicht gegenübersteht. Das aber widerspricht der Natur des gegenseitigen Vertrages.[1])

Vielleicht könnte man erwidern, dieser Einwand treffe ebenso jeden Vertrag mit einer reinen Potestativbedingung, auch den Kauf auf Probe; denn auch hier sei die Stellung der einen Partei günstiger als die der anderen. Aber der Kauf auf Probe wird doch auch im Verkehrsleben allgemein als gegenseitiger Vertrag aufgefaßt, und mit gutem Grunde. Bei Abschluß eines Kaufes auf Probe will der Verkäufer keineswegs dem Käufer eine „Zuwendung“ machen; er bezweckt vielmehr regelmäßig nur, die Wahrscheinlichkeit eines endgiltigen Zustandekommens des Geschäfts zu vergrößern, er handelt also in seinem eigenen Interesse. Wer aber einem Anderen „unentgeltlich“ ein Vorkaufsrecht einräumt, der verschafft nur dem Anderen einen Vorteil; für ihn selbst können aus dem Geschäfte nur Nachteile erwachsen, bestehend in Schwierigkeiten bei der Veräußerung.[2]) Ist beim Kauf auf Probe der Vorbehalt der Billigung nur im Interesse des Käufers gemacht, — was dann anzunehmen sein wird, wenn für den Vorbehalt ein bestimmtes, unbedingt zahlbares Entgelt vereinbart ist —, so liegt u. E. auch hier ein Kaufvertrag mit einer Potestativbedingung nicht vor; die Konstruktion des § 495 1, 2 gilt nur „im Zweifel“. Im Regelfalle aber hat beim Kauf auf Probe der Verkäufer, dem daran liegt, daß der Käufer von ihm, und nicht vielleicht von einem Konkurrenten kaufe, ein so großes Interesse an dem Zustandekommen des Geschäfts, daß er die geringe Last, kurze Zeit an das Geschäft

[1]) Vgl. Stintzing, S. 28.
[2]) Rg.E. 67, S. 46 unten.

gebunden zu sein ohne gleichzeitige Gebundenheit des anderen Teiles, gern auf sich nimmt. Denn es ist auch bei gegenseitigen Verträgen wohl möglich, daß beide Teile sich bedingt verpflichten und der eine Teil daneben noch eine unbedingte Last übernimmt. Dann aber muß das Aequivalent für diese letztere in der bedingten Verpflichtung des anderen Teils nach dem Parteiwillen enthalten sein, wenn anders ein gegenseitiger Vertrag vorliegen soll. Beim Vorkaufe aber wird der Vorkaufspreis durch den Vertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten, ohne Rücksicht auf die vorangegangene Bestellung des Vorkaufsrechts bestimmt, und zwar in der Weise, daß die Käuferleistung dem Werte der Verkäuferleistung entspricht. Demnach findet die neben der Verkäuferverpflichtung noch bestehende Last, die der Verpflichtete durch die Bestellung des Vorkaufsrechts auf sich genommen hat und die, wie oben erwähnt, einen Vermögenswert hat, in der Gegenleistung ihr Aequivalent nicht. Dies müßte aber der Fall sein, wenn der Vorkaufsvertrag schon an sich, ohne sonstige Vereinbarungen, ein gegenseitiger Vertrag wäre. Ein etwa außerhalb des Vorkaufsvertrages dem Vorverkäufer gewährtes Entgelt kann hieran nichts ändern.

Wir lehnen also die Theorie des doppelt bedingten Kaufes vornehmlich deshalb ab, weil wir in dem Vorkaufsvertrage einen gegenseitigen Vertrag nicht zu erblicken vermögen.

Die Ermächtigungstheorie.

§ 11.

Unter den Theorieen, die den Vorkauf als Vertrag auffassen, sei als letzte die neuerdings von Laue[1]) aufgestellte „Ermächtigungstheorie“ erwähnt. Die „Ermächtigung“, in der Laue die Lösung der Konstruktionsfrage findet, soll ein der Vollmacht ähnlicher Rechts-

[1]) Laue, S. 24 ff.

begriff sein und sich von ihr im wesentlichen dadurch unterscheiden, daß sie im Interesse des Ermächtigten erteilt wird und demgemäß unwiderruflich und vererblich ist. „Andererseits ist der Ermächtigte ähnlich wie ein Bevollmächtigter zur Vornahme der Rechtshandlung, zu der ihm die Ermächtigung erteilt ist, an Stelle des eigentlich zur Vornahme Verpflichteten (? Soll wohl heißen: Berechtigten), meist des Machtgebers, berechtigt.[1])" Beispiele einer solchen Ermächtigung enthalte, das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 112 und 113 wonach der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen diesen zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts beziehungsweise zum Antritt eines Dienstes ermächtigen könne, mit der Wirkung, daß die von dem Minderjährigen auf Grund der Ermächtigung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ebenso wirksam seien, als ob der gesetzliche Vertreter sie selbst an Stelle des Minderjährigen abgeschlossen hätte. Eine Doppel-Ermächtigung enthalte nach § 783 BGB. die Anweisung: einmal eine Ermächtigung des Anweisungsempfängers zur Erhebung der Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen, sowie außerdem eine Ermächtigung des Angewiesenen zur Leistung für Rechnung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger. Ferner könne die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Standesbeamten zu einer Eheschließung nach § 1321 BGB. durch die Ermächtigung des zuständigen Beamten begründet werden. Fälle einer auf gerichtlicher Entscheidung beruhenden Ermächtigung enthielten die §§ 37 (Ermächtigung von Mitgliedern eines Vereins zur Berufung einer Mitgliederversammlung), 1358 (Ermächtigung des Ehemannes zur Kündigung eines von der Frau eingegangenen Dienstverhältnisses) und 1825 (allgemeine Ermächtigung des Vormundes zur Vornahme von bestimmten Rechtsgeschäften ohne Genehmigung des Gegenvormundes).

[1]) Laue, S. 26.

Eine derartige Ermächtigung soll nach Laue auch durch den Vorkaufsvertrag zur Entstehung gelangen: nämlich eine Ermächtigung des Vorkäufers durch den Vorverkäufer zum Abschlusse eines Kaufvertrages an Stelle des Letzteren, und zwar mit sich selbst, — ganz ebenso, wie gemäß § 181 BGB. dem Bevollmächtigten gestattet werden könne, mit sich selbst zu kontrahieren. Demnach definiert Laue das Vorkaufsrecht als „die auf Ermächtigung beruhende Machtbefugnis, durch einseitige, den Verpflichtungswillen des Verpflichteten mit umfassende Erklärung zwischen sich und dem Verpflichteten einen Kaufvertrag abzuschließen."[1]) Diese Auffassung dürfte in ihrer Grundlage verfehlt sein. Die Ermächtigung als einheitlicher Rechtsbegriff ist dem Gesetze fremd. Während das BGB. über die Vollmacht allgemeine Vorschriften enthält (§§ 164 ff.), ist dies hinsichtlich der Ermächtigung nicht der Fall. Auch will das Gesetz keineswegs überall da, wo es von einer „Ermächtigung" spricht, ein einheitliches Rechtsinstitut bezeichnen; denn es verwendet diesen Ausdruck auch an einigen Stellen, die selbst Laue als nicht unter seine Definition passend ausscheiden muß.[2]) Trotzdem wäre es allerdings nicht unmöglich, daß das Gesetz einen bisher unbekannten Rechtsbegriff verwendet hätte, ohne sich dessen bewußt zu werden; es wäre dann Aufgabe der Wissenschaft, diesen Begriff herauszuschälen und klar zu stellen. Aber selbst wenn man einen Rechtsbegriff der Ermächtigung im Sinne Laues anerkennen wollte, so ließe sich dieser Begriff doch nicht zur Erklärung des Vorkaufsrechts verwenden. Denn in keinem von den Fällen, die Laue als Beispiele einer Ermächtigung anführt, hat diese den Inhalt, daß der Ermächtigte an Stelle des Ermächtigenden einen Vertrag abschließen könnte, mit der Wirkung, daß hierdurch der Ermächtigende dem anderen Teile gegenüber

[1]) Laue, S. 30.

[2]) §§ 370, 2199, 2209 BGB. Laue, S. 27/28.

ebenso verpflichtet würde, als wenn er selbst abgeschlossen hätte. Für die meisten der angeführten Fälle bedarf dies keiner weiteren Erörterung; so entsteht durch eine Ermächtigung des Minderjährigen in Gemäßheit der §§ 112, 113 doch keine Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters. Nur in dem Falle der Anweisung, auf den Laue besonderes Gewicht legt, könnte es anders erscheinen. Aber auch hier entsteht eine Verpflichtung des Anweisenden nicht auf Grund eines zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger geschlossenen Verpflichtungsvertrages; denn ein solcher Verpflichtungsvertrag wird garnicht geschlossen. Der Anspruch des Angewiesenen gegen den Anweisenden auf Erstattung dessen, was er an den Anweisungsempfänger geleistet hat, — der sogenannte Revalierungsanspruch, — beruht vielmehr unmittelbar auf der Ermächtigung in Verbindung mit der Tatsache der Leistung; er ist analog der actio mandati contraria.[1]) Es ist u. E. aber auch garnicht denkbar, daß Jemand durch einen Vertrag verpflichtet werden könnte, den er weder abgeschlossen hätte, noch bei dem seine Interessen vertreten worden wären. Eine solche Interessenvertretung bietet wohl die Vollmacht, nicht aber die Ermächtigung, deren wesentlichstes Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Vollmacht doch gerade darin bestehen soll, daß sie nicht das Interesse des Ermächtigenden wahrnimmt. Das Vorkaufsrecht aber soll nach Laue's Ansicht eine Ermächtigung sein, kraft deren der Ermächtigte den Ermächtigenden durch einen Kaufvertrag — noch dazu mit sich selbst — verpflichten könnte. Aus diesem Gesichtspunkte scheint uns die Theorie Laue's nicht zutreffend zu sein.

Die Gestaltungsrechtstheorie.

§ 12.

Die bisher erwähnten Theorieen gingen sämtlich davon aus, daß die infolge der Ausübung des Vorkaufs-

[1]) Engelmann, S. 317.

rechtes entstehenden Verpflichtungen — die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung auf der einen, zur Preiszahlung auf der anderen Seite — auf einen Kaufvertrag zurückgeführt werden müßten. Da aber die Ausübung des Vorkaufsrechts durch eine einseitige Erklärung geschieht, so liegt die Frage nahe, ob es nicht möglich ist, daß durch eine einseitige Erklärung Wirkungen entstehen, wie sie gewöhnlich nur ein Vertrag erzeugt.

Wir haben hier eine besondere Art von Rechten im Auge, die in umfassender Weise zuerst Zitelmann[1]) klar gestellt hat und die er „Rechte des rechtlichen Könnens" nennt. Als ihr gemeinschaftliches charakteristisches Merkmal bezeichnet er, „daß eine Person die besondere Rechtsmöglichkeit hat, durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung, an der sie . . . . . ein Interesse hat, herbeizuführen oder eine ihr unvorteilhafte Rechtswirkung zu verhindern".[2]) Diesen „Kannrechten" stellt er die übrigen Rechte als „Darf-" und „Soll-Rechte" gegenüber, je nachdem es sich um absolute oder relative Rechte handelt. Seckel[3]) rügt diese Terminologie, da „die Rechte des Dürfens und Könnens von der Aktivseite her, die Rechte des Sollens von der Passivseite her ihre Bezeichnung empfangen"; schließlich enthalte jedes Recht ein „rechtliches Können". Seckel schlägt deshalb den Ausdruck „Gestaltungsrechte"[4]) vor. Diese Bezeichnung hat in der Literatur Anklang gefunden[5]) und soll auch in Folgendem vorgezogen werden.

---

[1]) Zitelmann, S. 32 ff.

[2]) S. 43.

[3]) Seckel, S. 210.

[4]) Die „Gestaltungsrechte" Seckels decken sich nicht ganz mit den „Kannrechten" Zitelmanns; die wenigen Unterschiede sind an dieser Stelle aber ohne Bedeutung. Vgl. Seckel, S. 209, Anm. 4.

[5]) Staudinger I, Bemerkung 5 e zu § 194; Oertmann I, Vorbemerkung D vor § 194; Engelmann S. 35; Enneccerus I, § 66, I 3.

Das Gestaltungsrecht ist nach Seckel „das subjektive Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft". Als Beispiele seien das Anfechtungs-, Aufrechnungs- und das Rücktrittsrecht genannt. In diesen und anderen Fällen dürfte man ohne den Begrift des Gestaltungsrechts kaum zu einer befriedigenden Erklärung gelangen; es geht darum nicht an, den Begriff schlechtweg zu leugnen. Dann aber liegt es nahe, ihn auch für die Erklärung des Vorkaufsrechtes zu verwenden.

Der Vorkaufsberechtigte kann durch eine einseitige Erklärung ein Schuldverhältnis zwischen dem Verpflichteten und sich zur Entstehung bringen; er hat die „Macht über eine künftige Rechtswirkung".[1]) U.E. ist demnach das Vorkaufsrecht ein Gestaltungsrecht.[2])

Hiergegen wendet Enecccrus ein, daß das Gesetz mit der Ausübungserklärung einen „Kauf" zustande kommen lasse.[3]) Aber diese Ausdrucksweise nötigt noch nicht dazu, einen Kaufvertrag anzunehmen, sie läßt vielmehr die Deutung zu, daß durch die Erklärung des Berechtigten eine Kaufobligation entsteht, d. h. ein Schuldverhältnis, wie es gewöhnlich aus einem Kaufvertrage entspringt.[4]) Uebrigens entkräftet Enecccrus sein Argument weiterhin[5]) selbst dadurch, daß er die Möglichkeit letztwilliger Vorkaufsrechte annimmt, bei denen ein Kaufvertrag ebenfalls nicht zustande kommt.

Immerhin erscheint die Ausdrucksweise des Gesetzes vom Standpunkte unserer Auffassung aus unge-

[1]) Zitelmann, S. 45.

[2]) Ebenso Zitelmann, S. 44; Seckel, S. 207, Anm. 1; Oertmann, Bemerkung zu § 504; Landsberg, S. 439; Lewandowski. S. 24; Langheineken S. 6 f.

[3]) Enecccrus, § 339 I.

[4]) Binder, S. 118, Anm. 107.

[5]) Enecccrus, § 340, I [2].

wöhnlich. Ein weiteres Bedenken ergibt sich daraus, daß der Besteller des Vorkaufsrechts als „Verpflichteter" bezeichnet wird, während dem Gestaltungsrechte eine Verpflichtung nicht gegenübersteht.[1])

Aber wir haben bereits oben zu Gunsten der herrschenden Theorie darauf hingewiesen, daß bei der Konstruktion des Vorkaufsrechtes auf den Wortlaut des Gesetzes kein großer Wert zu legen ist, und möchten dies auch hier geltend machen. Auch der Offertentheorie und ebenso der Theorie des bedingten Kaufes dürfte die Bezeichnung „Verpflichteter" Schwierigkeiten bereiten; der ersteren, weil ein bloßer Antrag nicht verpflichtet, der letzteren, weil beim gegenseitigen Vertrage beide Teile berechtigt und verpflichtet sind und es deshalb willkürlich erscheint, den einen Teil als berechtigt, den anderen als verpflichtet zu bezeichnen. Nur auf die Vorvertragstheorie paßt der Wortlaut des Gesetzes in jeder Beziehung; denn nur bei dieser entsteht durch den Vorkaufsvertrag eine einseitige Verpflichtung, während der Kaufvertrag erst mit der Ausübungserklärung zustande kommt. Da der Gesetzgeber das Vorkaufsrecht geregelt hat, ohne die Konstruktionsfrage zu entscheiden, so ist es ganz verständlich, wenn er hier und da trotz großer Vorsicht[2]) einen Ausdruck gewählt hat, der zu dem wahren Wesen des Instituts, wie er sich aus dessen materiellen Inhalt ergibt, nicht genau paßt. Darum können wir aus dem Wortlaute des Gesetzes begründete Bedenken gegen unsere Konstruktion nicht entnehmen.

Wir glauben nun mit der Theorie des Gestaltungsrechts der Eigenart des Vorkaufsrechts am besten gerecht zu werden.

---

[1]) Seckel, S. 215.

[2]) so wurde statt „Kaufvertrag", wie es im ersten Entwurf § 483 hieß, in § 505 BGB das Wort „Kauf" gesetzt.

Was zunächst den Vorkaufsvertrag anbelangt, so begründet er lediglich für den einen Teil ein Gestaltungsrecht, ist also — wenn er keinerlei sonstige Vereinbarungen enthält — ein einseitiger Vertrag. Das erscheint uns angemessener, als die Auffassung der Theorie des bedingten Kaufes, wonach das Recht des „Berechtigten" durch ein gleichwertiges Recht des „Verpflichteten" aufgewogen werden soll. Andererseits geht wiederum die Goldschmidtsche Vorvertragstheorie zu weit, wenn sie aus dem Vorkaufsvertrage bereits einen bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung ohne Aequivalent entstehen läßt; denn mit dem Anspruche auf Eigentumsübertragung ist die Verpflichtung zur Zahlung des Preises unlösbar verbunden. Am nächsten kommt unserer Auffassung der Standpunkt der Offertentheorie, wonach der Berechtigte durch den Vorkaufsvertrag in die Rechtslage des Antragsempfängers[1]) gesetzt wird. Aber das Vorkaufsrecht ist mehr als die bloße Befugnis zur Annahme eines Antrages; es ist ein vollwertiges „Recht" und bedarf deshalb auch zur Entstehung eines Vertrages.

Auch das gesetzliche Vorkaufsrecht ist mit unserer Theorie zwanglos in Einklang zu bringen. Denn das Gestaltungsrecht kann ebensogut auf Gesetz, wie auf einem Vertrage beruhen.

Durch Vermächtnis kann allerdings nach unserer Auffassung ein Vorkaufsrecht nicht begründet werden; denn es ist kein Forderungsrecht.[2]) (Vgl. § 2174). Das hierin kein Bedenken liegt, haben wir oben ausgeführt. Die Praxis könnte sich wohl damit behelfen, daß sie ein solches Vermächtnis als Verpflichtung des Belasteten zur vertragsmäßigen Bestellung eines Vorkaufsrechts auffaßt.

---

[1]) Nach Seckel begründet auch der Antrag ein Gestaltungsrecht. Seckel, S. 207, Anm. 2.

[2]) Seckel, S. 218.

III. Abschnitt.
Die Formfrage

Nach den Materialien des Gesetzes.

§ 13.

Nachdem wir uns nunmehr über die rechtliche Natur des Vorkaufsrechts klar geworden sind, können wir uns der Frage zuwenden, ob der Vorkaufsvertrag über ein Grundstück dem Formzwang des § 313 unterfällt.

Die Materialien des Gesetzes sind hierbei wenig verwendbar, da sich die einschlägigen Stellen in auffallender Weise widersprechen.[1]) Die zweite Kommission[2]) hat sich bei der Beratung des persönlichen Vorkaufsrechts für den Formzwang ausgesprochen; dagegen hat sie zu § 351 des ersten Entwurfs (§ 313 BGB.) einen Antrag, den Formzwang auf den obligatorischen Vertrag über das dingliche Vorkaufsrecht und sonstige Rechte an Grundstücken auszudehnen, wegen mangelnden Bedürfnisses abgelehnt.[3]) Die letztere Aeußerung bezieht sich zwar nur auf das dingliche Vorkaufsrecht, jedoch läßt sich eine unterschiedliche Behandlung des dinglichen und obligatorischen Vorkaufsrechts nicht rechtfertigen. „Denn es wäre geradezu widersinnig, den obligatorischen auf Einräumung des Vorkaufsrechts gerichteten Vertrag formfrei zu lassen, wenn auf Grund desselben die Eintragung in das Grundbuch erfolgen, er also gegen Dritte wirken soll, ihn dagegen dem Formzwang zu unterwerfen, wenn er nur unter den Kontrahenten Recht schaffen soll, umsomehr, als nach den Vorschriften des Gesetzes das dingliche Vorkaufsrecht immer auch das obligatorische Vorkaufsrecht enthält.[4])

[1]) Rg.E. 60, 229.
[2]) Prot. II, S. 99.
[3]) Prot. I. 3. 463.
[4]) Thiele, S. 323 f.

Diesem Widerspruche gegenüber scheint es uns zwecklos, zu prüfen, welcher der beiden Aeußerungen mehr Gewicht beizumessen sei. Vielmehr werden wir die Formfrage lediglich ausgehend von der Rechtsnatur des Vorkaufsrechts zu entscheiden suchen.

Ist der Vorkaufsvertrag ein Vertrag, durch den sich der eine Teil zur Eigentumsübertragung verpflichtet, so unterliegt er, wenn er sich auf ein Grundstück bezieht, gemäß § 313 BGB. dem Formzwange. Anderenfalls ist er, sofern nicht etwa analoge Anwendung der genannten Bestimmung Platz greift, nach dem allgemeinen Grundsatz formfrei.

Nach der Eintrittstheorie.

§ 14.

Nach der Eintrittstheorie ist das Vorkaufsrecht das Recht, in einen geschlossenen Kaufvertrag als Käufer einzutreten. Demgemäß besteht die Verpflichtung des Vorverkäufers lediglich darin, dem Vorkäufer als Käufer den Vorzug zu geben,[1]) und nicht in der Pflicht zur Uebertragung des Eigentums. Diese wird vielmehr durch den Vertrag zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten begründet und wird durch den vorhergegangenen Vorkaufsvertrag nur insofern beeinflußt, als im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts der Vorkäufer an die Stelle des Dritten tritt. Die Eintrittstheorie muß demnach für den Vorkaufsvertrag Formfreiheit verlangen.

Nach der Vorvertragstheorie.

§ 15.

Nach der Vorvertragstheorie, wie sie Goldschmidt und Stintzing vertreten, enthält der Vorkaufsvertrag bereits die Verpflichtung des Vorverkäufers zur Uebertragung des Eigentums an den Vorkäufer. Es kann

[1]) Krech, S. 91.

also keinem Zweifel unterliegen, daß nach dieser Auffassung der Vorkaufsvertrag in der Form des § 313 geschlossen werden muß.

Im Gegensatz zu den beiden genannten Autoren sieht Dernburg mit der herrschenden Meinung in dem Vorvertrage die Verpflichtung nicht zur Hauptleistung, sondern erst zum Abschlusse eines Vertrages, auf dem dann die Hauptverpflichtungen beider Teile beruhen. Von diesem Standpunkte aus kann er den Vorkaufsvertrag nur in der Weise als Vorvertrag fassen, daß er in der Ausübungserklärung des Berechtigten einen Kaufantrag erblickt, dessen Annahme durch die Vorschrift des § 505 Abs. 2 ersetzt werde.

Wenn nun der Vorvertrag nach der herrschenden Auffassung die Hauptverpflichtung nicht enthält, so kann auf ihn die Vorschrift des § 313 wenigstens unmittelbar keine Anwendung finden. Wohl aber wird allgemein[1]) in Wissenschaft und Rechtsprechung die Anwendbarkeit der genannten Bestimmung deswegen verlangt, „weil sonst der Gesetzesumgehung Tor und Tür geöffnet sein würde". Es handelt sich hier also um analoge Gesetzesanwendung.

Nun setzt sich aber beim Vorkaufe der Hauptvertrag aus der Ausübungserklärung des Berechtigten, die den Antrag enthalten soll und die kraft positiver Bestimmung formfrei ist, und der vom Gesetz fingierten Annahmeerklärung des Verpflichteten zusammen. Ist demnach dieser Hauptvertrag formfrei, so liegt kein Grund vor, den Vorvertrag einer Form zu unterwerfen. Unseres Erachtens gelangt man also vom Standpunkte der Vorvertragstheorie Dernburgs zur Formfreiheit des Vorkaufsvertrages.[2])

[1]) Staudinger, Bem. II b zu § 313; Oertmann, Bem. 6 b zu § 125. Dernburg II, 1 § 83, I[3]; Enecccrus I, § 153, Anm. 16; Engelmann, S. 209; Tochtermann, S. 7: Gutbrod, S. 64; Thiele, S. 318; Rg.E. 43, 139, 53, 239.

[2]) Ebenso Thiele, S. 320. a. M.: Goldmann-Lilienthal, Anm. 3 zu § 504.

Nach der Offertentheorie.

§ 16.

Nach der Offertentheorie enthält der Vorkaufsvertrag den Antrag zu einem Kaufvertrage, den der Berechtigte durch seine Ausübungserklärung annimmt. Da nun der Kaufvertrag über ein Grundstück der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf, so müßte an sich sowohl der Antrag, als auch die Annahme in der genannten Form erfolgen. Nun ist zwar die Annahme — die Ausübungserklärung des Berechtigten — kraft positiver Vorschrift (§ 505 Abs. 1 Satz 2) formfrei. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der ganze Vertrag formfrei sein solle; vielmehr bleibt für den Antrag, der im Vorkaufsvertrage liegt, das Formerfordernis bestehen.

Eine andere Frage ist, ob der ganze Vorkaufsvertrag der Formvorschrift unterworfen werden solle oder nur die zu diesem Vertrage gehörige Erklärung des Vorverkäufers, da doch der Antrag zu dem später abzuschließenden Kaufvertrage, der in dem Vorvertrage gefunden wird und der allein das Formerfordernis rechtfertigt, nur in einer Erklärung des Vorverkäufers bestehen kann. Trotzdem wird die Frage wohl im ersteren Sinne zu entscheiden sein, da doch die Erklärungen des Vorkäufers und des Vorverkäufers, die sich zum Vorkaufsvertrage zusammenschließen, nach dem Parteiwillen ein untrennbares Ganzes bilden. Somit bedarf der Vorkaufsvertrag vom Standpunkte der Offertentheorie aus der gerichtlichen oder notariellen Form.

Nach der Theorie des doppelt bedingten Kaufvertrages.

§ 17.

Wenn die herrschende Meinung den Vorkaufsvertrag als einen doppelt bedingten Kaufvertrag auf-

faßt, so muß sie folgerichtig, wenn es sich um ein Grundstück handelt, die Vorschrift des § 313 auf ihn anwenden. Denn diese Vorschrift bezieht sich auf alle Verträge, welche die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke enthalten, gleichviel, ob sie bedingt sind oder unbedingt. Dem gegenüber ist es auch ohne Bedeutung, daß beim Vorkauf der bedingte Kaufvertrag seinen Inhalt erst durch einen späterhin zwischen dem Verkäufer und einem Dritten abzuschließenden Kaufvertrag, der seinerseits selber nach § 313 formell geschlossen werden muß, erhält. Enneccerus[1]) meint allerdings „daß eine freie, dem Zwecke der Vorschrift gerecht werdende Auslegung die Anwendung des § 313 ausschließen werde". Im übrigen aber wird in der Wissenschaft von den Anhängern der Theorie des bedingten Kaufes allgemein angenommen, daß der Vorkaufsvertrag der Formvorschrift des § 313 unterstellt werden müsse. Von diesem Gesichtspunkte aus hat sich auch die Rechtsprechung seit der Reichsgerichtsentscheidung vom 24. Januar 1910 durchweg für die Formbedürftigkeit des Vorkaufsvertrages ausgesprochen.

Nach der Ermächtigungstheorie.

§ 18.

Nach Laue begründet der Vorkaufsvertrag für den Vorkäufer die Ermächtigung, an Stelle des Vorverkäufers mit sich selbst einen Grundstückskaufvertrag abzuschließen. Laue nimmt an, — von seinem Standpunkte aus wohl mit Recht —, daß zur Begründung eines Vorkaufsrechts ein Vertrag nicht erforderlich sei, sondern daß vielmehr eine einseitige Erklärung des Vorverkäufers genüge. Er meint ferner, daß die Erteilung einer Ermächtigung, mag sie nun auf Vertrag oder auf einem einseitigen Rechtsgeschäfte beruhen, grundsätz-

[1]) Enneccerus I, 874.

lich formfrei sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Behauptung in ihrer Allgemeinheit zutreffend ist, oder ob man nicht für die Ermächtigung zum Abschlusse eines Grundstückskaufvertrages, wenn der Ermächtigte an Stelle des Ermächtigenden als Käufer auftreten kann, die Beobachtung derselben Form verlangen müßte, wie sie für den Hauptvertrag vorgeschrieben ist, um die Umgehung der Formvorschrift zu verhindern. Beim Vorkaufe liegt der Hauptvertrag, zu dem die Ermächtigung erteilt wird, in der Ausübungserklärung des Vorkäufers, die zugleich den Verpflichtungswillen des Vorverkäufers umfassen soll, und ist mithin gemäß § 505 Abs. I, Satz 2 BGB. formfrei. Umsoweniger kann für den Vertrag beziehungsweise das einseitige Rechtsgeschäft, durch welches die Ermächtigung begründet worden ist, die Einhaltung einer Form verlangt werden.

Nach der Gestaltungsrechtstheorie.

§ 19.

Nicht ganz einfach gestaltet sich die Formfrage vom Standpunkte der von uns vertretenen Theorie aus. Da das Gestaltungsrecht kein Forderungsrecht ist, so steht ihm eine Verpflichtung nicht gegenüber. Wenn aber der Vorkaufsvertrag eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht begründet, so findet § 313 seinem Wortlaute nach auf ihn keine Anwendung. Es bliebe die Möglichkeit analoger Anwendung. § 313 bildet eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze der Formfreiheit, und es ist deshalb geboten, sein Anwendungsgebiet nicht mehr als erforderlich auszudehnen.[1]) Andererseits geht es wohl zu weit, die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Formvorschrift überhaupt zu leugnen.[2]) Es sei nur darauf hingewiesen, daß von der allgemeinen Meinung, wie

[1]) Gutbrod, S. 5 f.

[2]) So Lewandowski, S. 45 f.

erwähnt, die Ausdehnung der genannten Vorschrift auch auf den Vorvertrag verlangt wird.

Wir sind nun der Ansicht, daß die vertragsmäßige Bestellung eines Gestaltungsrechts — ganz ebenso wie der Vorvertrag — derselben Form unterliegt, wie die vertragsmäßige Begründung des zu gestaltenden Schuldverhältnisses selbst.

Es scheint uns eine gewisse Verwandtschaft zu bestehen zwischen dem einseitig verpflichtenden Vorvertrage und der vertragsmäßigen Bestellung eines Gestaltungsrechts, aus dem eine Verpflichtung des Bestellers entstehen kann. In beiden Fällen wird derselbe Zweck erreicht: daß nämlich dem einen Teil auch wider seinen Willen eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung aufgenötigt werden kann. In beiden Fällen besteht zwar vorerst noch nicht die Hauptverpflichtung, wohl aber eine gewisse Bindung in dem Sinne, daß späterhin die Hauptverpflichtung auf Seiten des Gebundenen sogar wider seinen Willen zur Entstehung gelangen kann. Aber die Bindung beim Gestaltungsrechte, — ein „Analogon der Verpflichtung", wie Seckel es nennt —, ist stärker als die Bindung beim Vorvertrage. Denn während beim Vorvertrage die Hauptverpflichtung nicht ohne die Mitwirkung des Verpflichteten, bezw. nicht ohne seine rechtskräftige Verurteilung gemäß § 894 ZPO. zustande kommen kann, entsteht aus dem Gestaltungsrechte die Verpflichtung durch die einseitige Erklärung des Berechtigten. Wenn man nun den Vorvertrag zu einem formpflichtigen Vertrage dem Formzwang unterwirft, so würde es schon aus diesem Gesichtspunkte bedenklich erscheinen, wenn der Vertrag, durch den ein entsprechendes Gestaltungsrecht begründet wird, formfrei sein sollte.

Die analoge Anwendung einer Vorschrift auf einen ihr an sich nicht unterfallenden Tatbestand ist nur dann

geboten, wenn es der erkennbare Zweck der Vorschrift, die sogenannte ratio legis, erfordert.[1])

Die Formvorschrift des § 313 rechtfertigen die Materialien des Gesetzes[2]) durch den Hinweis auf die Bedeutung des Grundbesitzes als der „natürlichen Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung"; auf so wichtigem Gebiete sollten durch den strengen Formzwang übereilte, unklare und unsichere Verträge nach Möglichkeit verhindert werden. Dieselbe Erwägung rechtfertigt die Ausdehnung des Formzwanges auf den Vorvertrag zu einem Grundstücksübereignungsvertrage; ebenso aber auf die vertragsmäßige Bestellung eines Gestaltungsrechts, aus dem eine Verpflichtung des Bestellers zur Grundstücksübereignung entspringen kann. Denn in diesem Vertrage liegt die entscheidende Bindung des Eigentümes; ob der Berechtigte sein Recht ausübt oder nicht, darauf hat er keinen Einfluß. In diesem Sinne kann man sagen, daß der Eigentümer „der Ausübung rechtsgeschäftlich fernsteht".[3])

Nun ist allerdings zuzugeben, daß auf die vertragsmäßige Begründung desjenigen Gestaltungsrechts, mit dem wir es zu tun haben, des Vorkaufsrechts, die ratio des § 313 regelmäßig nicht zutrifft.[4]) Denn der Inhalt der Verpflichtung des Vorverkäufers wird in dem Vertrage mit dem Dritten bestimmt (§ 505, II), und da dieser dem Formzwang unterliegt, so ist der erstrebte Schutz der Parteien genügend gewährleistet. Aber da für das gesamte Schuldrecht der Grundsatz der Formfreiheit gilt, steht es den Parteien frei, in dem Vorkaufsvertrage für das zu gestaltende Schuldverhältnis besondere Vereinbarungen zu treffen, z. B. durch Festsetzung eines bestimmten Vorkaufspreises,[5]) einer Be-

[1]) Leonhard, S. 52.
[2]) Mot. II, 190. Prot. I, 460 f.
[3]) Rg.E. 67, S. 46 oben.
[4]) Thiele, S. 321; Endemann, § 162, Anm. 28; Lewandowski S. 51
[5]) Oertmann, Staudinger, Planck, zu § 505; Rg.E. 67, S. 43.

dingung für die Ausübung des Vorkaufsrechtes, eines Rücktrittsrechts oder dergl. Geschieht dies nur mündlich, so könnte leicht Anlaß zu Streitigkeiten gegeben sein, zumal, wenn die Vereinbarungen nicht klar und zweifelsfrei gefaßt sind. Dazu kommt noch die Schwierigkeit, mündliche Verabredungen zu beweisen. Die Giltigkeit und der Inhalt des Grundstücksgeschäftes wäre, was § 313 gerade verhindern will, auf die unsichere Grundlage mündlicher Vereinbarungen gestellt. In diesem Falle erfordert der Zweck des § 313 also die Ausdehnung des Formzwanges auf den Vorkaufvertrag.

Hiergegen ist eingewendet worden, daß die Vorschrift des § 505, II ein wesentliches Charakteristikum des Vorkaufsvertrages enthalte, sodaß bei vorheriger Vereinbarung besonderer Vorkaufsbestimmungen ein eigentlicher Vorkaufsvertrag überhaupt nicht vorhanden sei.[1]) Aber beide Arten von Vorkaufsrechten dienen im Verkehre denselben wirtschaftlichen Zwecken und dürften demgemäß auch nicht wesensverschieden sein. Wenn weiterhin behauptet wird, daß vorherige Vereinbarungen der genannten Art dem Wesen des Gestaltungsrechts widersprächen, weil vor der Ausübung des Rechts eine Bindung zwischen den Parteien nicht bestehen könne,[2]) so dürfte auch dem nicht beizutreten sein. Wenn auch bei einem Gestaltungsrechte ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien nicht vorliegt, so bestehen doch gewisse Rechtsbeziehungen zwischen ihnen die sich in einer Bindung des einen Teiles dem anderen gegenüber äußern. Demnach wird durch die Einfügung besonderer Bestimmungen in den Vorkaufsvertrag nicht erst eine Bindung geschaffen, sondern eine auch ohnedies entstehende in bestimmter Weise geregelt. Wenn die Parteien den Inhalt eines Gestaltungsrechts bei dessen Begründung in der Weise

---

[1]) Lewandowski, S. 51 f.

[2]) Lewandowski a. a. O.

festlegen können, daß sie auf den Inhalt eines künftig mit einem Dritten zu schließenden Vertrages verweisen, warum sollten sie das nicht auch in besonderen Vereinbarungen tun können?[1])

Aber selbst wenn man annehmen wollte, daß für den Vorkaufsvertrag an sich der Grund des § 313 nicht zutrifft, so würde auch das u. E. an dem Ergebnisse nichts ändern. Eine bestehende Vorschrift muß auf alle ihr unterfallenden Tatbestände angewendet werden, auch wenn es im einzelnen Falle der Zweck des Gesetzes nicht erfordern würde. Dasselbe muß wohl auch für analoge Anwendung eines Gesetzes gelten. Wenn § 313 auf Vorverträge analog anzuwenden ist, so sind eben alle Vorverträge zu Grundstücksveräußerungsverträgen formbedürftig, auch dann, wenn im einzelnen Falle oder in einer Gruppe von Fällen die beste Gewähr für eine überlegte und verständige Abfassung des Vertrages gegeben ist. Wenn z. B. im Bürgerlichen Gesetzbuche das Vorkaufsrecht so geregelt wäre, wie es nach herrschender Meinung im gemeinen Recht war, — daß also der Vorverkäufer zum Abschluß eines Kaufvertrages mit dem Vorkäufer verpflichtet wäre —, so würde der Vorkaufsvertrag, als Vorvertrag zu einem Kaufvertrag, der Form des § 313 unterfallen müssen, ohne Rücksicht darauf, ob die ratio legis zutrifft oder nicht. Ganz ebenso verhält es sich beim Gestaltungsrecht. Wir haben oben zu begründen versucht, daß § 313 auf die vertragsmäßige Bestellung eines Gestaltungsrechts, aus dem die Verpflichtung des Bestellers zu einer Grundstücksübereignung entstehen kann, analog anzuwenden ist; wir halten es demnach nicht für richtig, in dem besonderen Falle des Vorkaufsvertrages eine Ausnahme zu machen, selbst wenn die ratio legis hier nicht zutreffen sollte.

[1]) Für den Wiederkauf, der nach allgemeiner Meinung ebenso zu konstruieren ist, wie der Vorkauf, ist die Möglichkeit der Vereinbarung eines besonderen Wiederkaufpreises ausdrücklich anerkannt. (Vgl. § 497 II: „im Zweifel".)

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, daß der Vorkaufsvertrag dem § 313 zwar an sich nicht unterfällt, daß aber analoge Anwendung geboten ist.[1])

Schluß.

Die Bedeutung der Formfrage für Rechtsgeschäfte, die mit der Bestellung eines Vorkaufsrechts verbunden werden.

§ 20.

Da der Vorkaufsvertrag der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung bedarf, so ist er, wenn diese Form nicht gewahrt wird, gemäß § 125 BGB. nichtig. Hierauf beschränkt sich aber die Bedeutung der Formfrage nicht. Denn zumeist pflegt die Bestellung eines Vorkaufsrechts nicht für sich allein, sondern im Zusammenhange mit anderen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen irgend welcher Art zu geschehen. Es sei hier an den eingangs erwähnten Fall erinnert, daß der Pächter eines Grundstücks sich hinsichtlich dieses vom Verpächter ein Vorkaufsrecht einräumen läßt. Wird in solchen und ähnlichen Fällen der Vertrag nur schriftlich geschlossen, so werden gewöhnlich die Be-

---

[1]) Ebenso Seckel, S. 218, Anm. 7; Oertmann, 3. und 4. Aufl. Bem. 2 d zu § 313.

Ferner für den Formzwang: Planck II, Vorbem. 1 vor § 505; Staudinger II, 1 Bem. 1 c zu § 505; Crome II, § 228 Anm. 15; Fischer-Henle, Bem. 2 zu § 313; Enecccrus, § 340 I; Eck-Leonhard, S. 467; Biermann. Bem. II zu § 1094; Landsberg S. 349; Gutbrod, S. 66; Neumann, Vorbem. I, 1 b vor § 504; Tochtermann, S. 16; Rg.E. 59, S. 132; 67, S. 42; 69, S. 283; 72, S. 385.

Gegen den Formzwang: Oberneck, § 106, 2; Turnau-Förster, S. 513; Kretzschmar, Anm. 3 vor § 1094; Endemann, § 162, Anm. 28; Düringer-Hachenburg, § 350 Anm. 6; Kuhlenbeck, S. 392; Thiele, S. 324; Lewandowski, S. 50; Laue, S. 32; Rg.E. 16, S. 55; 60, S. 225.

stellung des Vorkaufsrechts und die sonstigen Vereinbarungen in dieselbe Urkunde aufgenommen werden. Hier ist nun jedenfalls die Bestellung des Vorkaufsrechts wegen Formmangels nichtig; oft aber wird auch das andere Rechtsgeschäft nichtig sein. Denn § 313 unterwirft dem Formzwange nicht nur die einzelne Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, sondern schlechthin den Vertrag, durch den eine solche Verpflichtung übernommen wird. Bildet also die Bestellung des Vorkaufsrechts zusammen mit den anderen Vereinbarungen einen einheitlichen Vertrag im Sinne des § 313, so ist dieser Vertrag in allen seinen Teilen formbedürftig und, wenn die Form nicht gewahrt ist, in allen seinen Teilen wegen Formmangels nichtig. Nach der Ansicht des Reichsgerichts[1]) umfaßt ein einheitlicher Vertrag in diesem Sinne „alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien der Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll." Sonstige Vereinbarungen, „welche mit dem Veräußerungsgeschäfte nicht im inneren Zusammenhange stehen, welche also nicht die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistungen des anderen Teiles unmittelbar betreffen, ... stehen nicht unter der Regel des § 313 Satzes 1".[2]) Hiervon wird man bei der Entscheidung des einzelnen Falles ausgehen müssen, wobei an die Stelle der Eigentumsübertragungspflicht, unserer Auffassung vom Vorkaufsrechte entsprechend, die durch die Bestellung des Vorkaufsrechts entstandene Bindung des Vorverkäufers zu setzen sein wird.

Aber auch von einem anderen Gesichtspunkte aus könnte die Nichtigkeit der Bestellung eines Vorkaufsrechts die Nichtigkeit der damit verbundenen sonstigen Vereinbarungen zur Folge haben, nämlich dann, wenn ein einheitlicher Vertrag im Sinne des

[1]) Rg.E. 51, S. 180; 52, S. 1.

[2]) Ebenso Staudinger I, 2c zu § 313; Oertmann, Bem. 2c 3 zu § 313.

§ 139 vorliegt.[1]) Unseres Erachtens wird dies dann anzunehmen sein, wenn die einzelnen Teile des Vertrages nach dem Parteiwillen, bezw. nach der Auffassung des Verkehrs, demselben wirtschaftlichen Gesamtzwecke zu dienen bestimmt sind.[2]) Ist dies der Fall, so hat die Nichtigkeit der Bestellung des Vorkaufsrechts gemäß § 139 die Nichtigkeit der sonstigen Vertragsbestimmungen zur Folge, „wenn nicht anzunehmen ist, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde". Letzteres hat die Partei, die sich darauf stützt, zu beweisen.

---

[1]) Die Frage nach dem „einheitlichen" Vertrage läßt sich nicht allgemein beantworten, sondern ist vielmehr in Beziehung auf die einzelnen Gesetzesbestimmungen besonders zu prüfen. Enneccerus § 323 Anm. 1. Vgl. auch Rg.E. 57, 1 ff.

[2]) Ebenso Staudinger, Bem. 3 zu § 139.

Lebenslauf.

Am 2. Februar 1891 bin ich, Siegbert Levy, als der Sohn des damaligen Kaufmanns, jetzigen Rentiers Nathan Levy und seiner Ehefrau Cella geb. Cohn, in Posen geboren. Ich bin Preuße und jüdischer Religion. Zunächst besuchte ich das Königl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1909 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich sechs Semester, je zur Hälfte an den Universitäten Heidelberg und Breslau, Rechts- und Staatswissenschaften. Am 21. Dezember 1912 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 4. Juli 1913 das Rigorosum. Zurzeit bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht in Koschmin als Referendar beschäftigt.